

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه حکیم سبزواری

دانشکده الهیات

پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

نقش عرف در حقوق اسلام و ایران

استاد راهنما :

دکتر حسن نجفی اصل

استاد مشاور:

دکتر سید محمد حسینی

پژوهشگر :

سید احمد موسوی

بهمن ماه ۱۳۹۲



دانشگاه کلیم سبزوری

بسم الله الرحمن الرحيم

صور تجلہ دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

با تلاوت آیاتی چند از کلام... مجید جلہ دفاع از پایان نامه سی آقای سید احمد موسوی دانشجوی کارشناسی ارشد دوروی، روزانه رستہی: حقوق (خصوصی) با عنوان پایان نامه: «نقش عرف در حقوق اسلام و ایران» در ساعت ۱۲-۱۰ روز یکشنبه مورخ ۲۲/۱۱/۲۷ در محل سالن اجتماعات دانشکده ادبیات و علوم انسانی تشکیل گردید.

پس از استماع گزارش ارزش شده توسط دانشجو و استاد راهنماییت داوران و حاضران سؤالاتی را مطرح و نامبرده به دفاع از موضوع پرداخت و به سؤالات آنها پاسخ گفت. پس پایان نامه توسط بیات داوران مورد ارزشیابی قرار گرفت و نمره (۱۸) برابر درجه «ب» را محرز کرد. برای آن تعیین گردید. به این ترتیب ضمن تصویب پایان نامه مذکور از این تاریخ آقای سید احمد موسوی عنوان کارشناسی ارشد شناخته می شود.

| ردیف | اعضای بیات داوران | نام و نام خانوادگی | رتبه علمی | امضاء |
|------|-----------------------|-------------------------|-----------|-------|
| ۱ | استاد راهنما | دکتر حسن نجفی اصل | استادیار | |
| ۲ | استادشاور | دکتر سید محمد حسینی | استادیار | |
| ۳ | استاد داور | دکتر ناصر سلطانی اینزوی | استادیار | |
| ۴ | نایبند تحصیلات تکمیلی | دکتر علیرضا پور انامعلی | استادیار | |

نام و نام خانوادگی و امضای مدیر گروه

دکتر عباس برزویی

یادداشت: معاونت آموزشی و تحصیلات تکمیلی دانشگاه جهت اطلاع

- معاونت پژوهشی دانشگاه جهت اطلاع

- آموزش دانشکده جهت درج در پرونده دانشجو



سوگند نامه دانش آموختگان دانشگاه حکیم سبزواری

به نام خداوند جان و خرد
کزین برتر اندیشه بر نگذرد

اینک که به خواست آفریدگار پاک، کوشش خویش و بهره گیری از دانش استادان و سرمایه های مادی و معنوی این مرز و بوم، توشه ای از دانش و خرد گردآورده ام، در پیشگاه خداوند بزرگ سوگند یاد می کنم که در به کارگیری دانش خویش، همواره بر راه راست و درست گام بردارم. خداوند بزرگ، شما شاهدان، دانشجویان و دیگر حاضران را به عنوان داورانی امین گواه می گیرم که از همه دانش و توان خود برای گسترش مرزهای دانش بهره گیرم و از هیچ کوششی برای تبدیل جهان به جایی بهتر برای زیستن، دریغ نوزم. پیمان می بندم که همواره کرامت انسانی را در نظر داشته باشم و هموعان خود را در هر زمان و مکان تا سر حد امکان یاری دهم. سوگند می خورم که در به کارگیری دانش خویش به کاری که با راه و رسم انسانی، آیین پرهیزگاری، شرافت و اصول اخلاقی برخاسته از ادیان بزرگ الهی، به ویژه دین مبین اسلام، مبادینت دارد دست نیازم. همچنین در سایه اصول جهان شمول انسانی و اسلامی، پیمان می بندم از هیچ کوششی برای آبادانی و سرافرازی میهن و هم میهنانم فروگذاری نکنم و خداوند بزرگ را به یاری طلبم تا همواره در پیشگاه او و در برابر وجدان بیدار خویش و ملت سرافراز، بر این پیمان تا ابد استوار بمانم.

نام و نام خانوادگی وامضای دانشجو

مجوز بهره برداری از پایان نامه

بهره برداری از این پایان نامه در چهار چوب مقررات کتابخانه و با توجه به محدودیتی که توسط استاد راهنما به شرح زیر تعیین می شود بلامانع است :

- بهره برداری از این پایان نامه برای همگان بلامانع است
- بهره برداری از این پایان نامه با اخذ مجوز از استاد راهنما بلامانع است
- بهره برداری از این پایان نامه تا تاریخ ممنوع است .

استاد راهنما :

تاریخ :

امضاء:

تقدیم به:

مولایم حضرت محبت (عج)
که رضایت و خشنودی او سرآمد آرزوهاست.

پدر بزرگوارم

که رنجهایش را در قلب
مهربانش پنهان نمود تا رنگ
لبخند از لبانم نرود و ناتوان شد
تا من به توانایی برسم و
موهایش سفید شد تا من
روسفید بمانم.

مادر مهربانم

که وجودم برایش همه رنج، و
وجودش برایم همه مهر بود،
توانش رفت تا به توانایی برسم
و موهایش سپید گشت تا رویم
سپید بماند.

همسر عزیزم

که وجود پر مهرش مایه امید و
دلگرمی زندگی ام است و با
آمدنش به زندگیم زیباترین
رنگها را به دنیای من بخشید.
همه فرдахایم با تو هستی می
گیرد حضور سبزت در زندگی
ام ابدی باد به پاس محبتهای
خالصانه و بی دریغش.

فرزند گلم فاطمه

او که مهرش با قلبم پیوندی
جاودانه دارد. آرزویم آینده
روشن اوست.

پروردگارا

سپاس می گزارم که بر من منت نهادی و خلعت تحصیل پوشاندی
از درگاه لطف خواستارم که به اندیشه ام پاکی و به بازوانم توان ، در قلبم ایمان و
به راهم استواری بخشی تا غمگسار بندگانت باشم.

با سپاس فراوان از اساتید گرانمایه و بزرگوار

جناب آقای دکتر حسن نجفی اصل

و جناب آقای دکتر سید محمد حسینی

که مرا در گردآوری این مجموعه یاری نمودند و در محضر شاگردی ایشان ، درس
علم و معرفت آموختم .

به لطف الهی ، زندگیشان سبز و توفیقشان روز افزون باد .



دانشگاه حکیم سبزواری

فرم چکیده‌ی پایان‌نامه‌ی دوره‌ی تحصیلات تکمیلی

مدیریت تحصیلات تکمیلی

| | | |
|---------------------------------|----------------------------------|------------------------|
| نام خانوادگی دانشجو: موسوی | نام: سید احمد | ش دانشجویی: ۸۹۱۳۲۹۱۰۶۴ |
| استاد راهنما: دکتر حسن نجفی اصل | استاد مشاور: دکتر سید محمد حسینی | |
| دانشکده: الهیات | رشته: حقوق | گرایش: حقوق خصوصی |
| مقطع: کارشناسی ارشد | تاریخ دفاع: بهمن ۱۳۹۲ | تعداد صفحات: ۱۰۰ صفحه |

عنوان پایان‌نامه: نقش عرف در حقوق اسلام و ایران

کلیدواژه‌ها: عرف / عرف نوپدید / عقل / بنای عقلاء / سیره عقلاء

چکیده

هدف ما در این پژوهش این است که قابلیت انطباق احکام اسلام با مقتضیات جامعه امروزی را بیان نماییم. به این معنا که نقش صغروی و کبروی عرف را در تبیین احکام و قوانین اسلام نشان دهیم. مسأله اینست که عرف در عصر حاضر در چه زمینه‌هایی و تا چه حدی می‌تواند اعتبار داشته باشد؟ در این پژوهش که با روش توصیفی تحلیلی انجام شده است به نتایج زیر دست یافتیم. در زمینه نقش عرف در تبیین مفهوم موضوع‌ها آنچه معتبر است عرف تخاطب است. اما در زمینه انطباق موضوع‌ها با واقعیات بیرونی عرف هر زمان و مکانی دارای اعتبار است. در زمینه نقش کبروی، عرف بسته به تعریفی که از آن داریم می‌تواند تماما یا بعضا از مصادیق حکم عقل بوده و دارای حجیت باشد. آرای محموده که در اصول فقه به گزاره‌های عقل عملی اطلاق می‌گردد یکی از اقسام عرف است همچنین به عقیده ما برخی از اقسام این گزاره‌ها با نظم عمومی و اخلاق حسنه که در حقوق مدنی مطرح‌اند قابل تطابق‌اند. اگر به عرف تایید و موافقت شارع و مقنن ضمیمه گردد بدون تردید معتبر خواهد بود. منتهی اشکال این است که این اعتبار دهی، محدود به عرف‌های عصر حضور معصومین (ع) می‌شود، هر چند برخی با تکیه به علم شارع به عرف‌های آینده و برخی با تمسک به خمیر مایه و گوهر عرف امضا شده، سعی در تسری امضاء، نسبت به عرف‌های جدید نموده‌اند.

امضای استاد راهنما

| | |
|--|----|
| مقدمه | ۱ |
| فصل اول؛ مفهوم شناسی | ۷ |
| ۱-۱ مفهوم شناسی عرف و مفهوم های مشابه | ۸ |
| ۱-۱-۱ مفهوم شناسی عرف | ۸ |
| ۱-۱-۱-۱ مفهوم عرف در لغت | ۸ |
| ۱-۱-۱-۲ مفهوم عرف در اصطلاح دانشیان فقه، اصول و حقوق | ۹ |
| ۱-۱-۱-۱-۱ تعاریف دسته اول (تعاریف خاص) | ۹ |
| ۱-۱-۱-۱-۲ تعریف های دسته دوم (تعریف های عام) | ۱۱ |
| ۱-۱-۱-۳ اقسام عرف | ۱۳ |
| ۱-۱-۱-۳-۱ عرف مقارن و غیر مقارن | ۱۳ |
| ۱-۱-۱-۳-۲ عرف دقیق و مسامحی | ۱۴ |
| ۱-۱-۱-۳-۳ عرف عام و خاص | ۱۴ |
| ۱-۱-۲ مفهوم های مشابه یا معادل عرف | ۱۵ |
| ۱-۲-۱-۱ مفهوم های فقهی مشابه عرف | ۱۵ |
| ۱-۲-۱-۲-۱ سیره عقلاء | ۱۵ |
| ۱-۲-۱-۲-۲ بنای عقلاء | ۱۶ |
| ۱-۲-۱-۲-۳ عادت | ۱۷ |
| ۱-۲-۱-۲-۱ مفهوم های حقوقی مشابه یا معادل | ۱۷ |
| ۱-۲-۲-۱-۱ نظم عمومی و اخلاق حسنه | ۱۷ |
| ۲-۱ مقایسه عرف و مفهوم های مشابه | ۱۹ |
| ۱-۲-۱ رابطه بین عرف، سیره و بنای عقلاء | ۱۹ |
| ۲-۲-۱ رابطه عرف و عادت | ۲۰ |
| ۳-۲-۱ رابطه عرف و نظم عمومی و اخلاق حسنه | ۲۱ |
| ۳-۱ منشأ عرف | ۲۲ |
| فصل دوم: کاربردهای غیر استقلالی عرف | ۲۴ |

| | |
|----|---|
| ۲۵ | ۱-۲ اقسام کاربردها..... |
| ۲۶ | ۱-۱-۲ کشف مقصود گوینده..... |
| ۲۶ | ۱-۱-۱-۲ کشف مقصود شارع و قانون گذار..... |
| ۲۸ | ۲-۱-۱-۲ کشف مقصود افراد و تفسیر اراده متعاملین..... |
| ۲۸ | ۲-۱-۲ فهم موضوعات احکام..... |
| ۲۹ | ۱-۲-۱-۲ موضوع های شرعی (حقایق شرعیه)..... |
| ۲۹ | ۲-۲-۱-۲ موضوع های عرفی..... |
| ۳۰ | ۱-۲-۲-۱-۲ عرف تخاطب (دیدگاه اول)..... |
| ۳۱ | ۲-۲-۲-۱-۲ عرف زمان و مکان (دیدگاه دوم)..... |
| ۳۳ | ۳-۲-۱-۲ چگونگی مراجعه به عرف در فهم موضوعات..... |
| ۳۳ | ۱-۳-۲-۱-۲ تشخیص مدخلیت یا مانعیت..... |
| ۳۳ | ۲-۳-۲-۱-۲ رفع اجمال و ابهام از موضوع..... |
| ۳۳ | ۳-۳-۲-۱-۲ تحدید سعه و ضیق موضوع..... |
| ۳۵ | ۳-۱-۲ تعیین مصداقها و برابر سازی موضوعها و مفهوم ها بر مصداقها..... |
| ۳۶ | ۱-۳-۱-۲ مرجعیت عرف (دیدگاه اول)..... |
| ۳۷ | ۲-۳-۱-۲ مرجعیت عقل (دیدگاه دوم)..... |
| ۳۹ | ۲-۲ شرط های اعتبار عرف..... |
| ۳۹ | ۱-۲-۲ شرط های مربوط به عرف مورد استناد..... |
| ۳۹ | ۱-۱-۲-۲ مسامحی نبودن عرف..... |
| ۴۰ | ۲-۱-۲-۲ حادث نبودن عرف..... |
| ۴۰ | ۱-۲-۱-۲-۲ موضوعاتی که از قبیل اسامی و اعلام هستند..... |
| ۴۱ | ۲-۲-۱-۲-۲ موضوعاتی که در بردارنده مفاهیمی کلی هستند..... |
| ۴۲ | ۲-۲-۲ شرط های مربوط به بیان قانون گذار..... |
| ۴۳ | ۱-۲-۲-۲ عدم وجود بیان شرعی در آن خصوص..... |
| ۴۳ | ۲-۲-۲-۲ ذکر عنوان موضوع در بیان شارع..... |

- ۴۴..... ۳-۲-۲-۲ عرفی بودن و شرعی و توقیفی نبودن موضوع
- ۴۵..... فصل سوم: مبانی نظری منبع حکم بودن عرف
- ۴۶..... ۱-۳ کشف حکم ظاهری
- ۴۷..... ۲-۳ کشف حکم واقعی
- ۴۸..... ۱-۲-۳ نظریه حجیت ذاتی عرف
- ۴۹..... ۱-۱-۲-۳ عدم التزام به حجیت ذاتی، مستلزم دور یا تسلسل است
- ۵۰..... ۲-۱-۲-۳ بررسی آماری روایات و کثرت روایات در عبادات
- ۵۱..... ۳-۱-۲-۳ اعتبار دهی به عرف به اعتبار قضیه طبیعی
- ۵۱..... ۲-۲-۳ حجیت عرف به عنوان دلیل عقلی
- ۵۲..... ۱-۲-۲-۳ رابطه عقل و عرف
- ۵۲..... ۱-۱-۲-۲-۳ قضایای مشهورات
- ۵۳..... ۲-۱-۲-۲-۳ تادیبات صلاحیه یا محمودات یا آراء محموده
- ۵۳..... ۲-۲-۲-۳ اسباب حکم به حسن و قبح افعال
- ۵۳..... ۱-۲-۲-۲-۳ درک کمال انجام کاری و سازگاری آن با نفس انسان
- ۵۴..... ۲-۲-۲-۲-۳ خلق انسانی
- ۵۵..... ۳-۲-۲-۲-۳ احساسات و عواطف انسانی
- ۵۵..... ۴-۲-۲-۲-۳ عاداتهای انسانی
- ۵۶..... ۳-۲-۲-۳ عدم احتیاج این قبیل احکام به تایید شارع
- ۵۸..... ۴-۲-۲-۳ کاربرد و نقش این نظریه در حقوق
- ۵۹..... ۱-۴-۲-۲-۳ در حقوق جزا
- ۵۹..... ۲-۴-۲-۲-۳ در حقوق اساسی
- ۵۹..... ۳-۴-۲-۲-۳ در آیین دادرسی
- ۶۰..... ۴-۴-۲-۲-۳ در حقوق مدنی
- ۶۱..... ۵-۴-۲-۲-۳ رابطه نظم عمومی و اخلاق حسنه با حکم عقل
- ۶۳..... ۶-۴-۲-۲-۳ ارشادی بودن قانون در مورد احکام نظم عمومی

- ۳-۲-۳ نظریه امضاء ۶۳
- ۳-۲-۳-۱ دلایل وابستگی عرف ۶۴
- ۳-۲-۳-۲ چگونگی عرف برای کشف تأیید آن ۶۴
- ۳-۲-۳-۳ راههای کشف همزمانی عرف با عصر تشریح ۶۵
- ۳-۲-۳-۱ اعتماد به عرف های همگانی و مورد اتفاق ۶۵
- ۳-۲-۳-۲ نقل و شهادت ۶۵
- ۳-۲-۳-۳ وجود عرف یکسان در جوامع مختلف ۶۶
- ۳-۲-۳-۴ مورد ابتلا بودن و واضح نبودن نادرستی آن ۶۶
- ۳-۲-۳-۵ جانشین نداشتن عرف ۶۷
- ۳-۲-۳-۴ چگونگی کشف موافقت شارع ۶۷
- ۳-۲-۳-۱ لزوم علم به تأیید و امضاء (دیدگاه اول) ۶۸
- ۳-۲-۳-۲ احراز عدم ردع (دیدگاه دوم) ۶۹
- ۳-۲-۳-۱ دلالت عدم ردع بر موضع مثبت شارع ۶۹
- ۳-۲-۳-۱-۱ دلیل عقلی ۶۹
- ۳-۲-۳-۱-۲ دلیل استظهاری ۷۰
- ۳-۲-۳-۳ عدم اثبات ردع (دیدگاه سوم) ۷۲
- ۳-۲-۳-۴ دیدگاه تفصیلی ۷۳
- ۳-۲-۳-۵ مقایسه دو دیدگاه ۷۵
- ۳-۲-۳-۵ شرط های اعتبار عرف برای تأیید ۷۶
- ۳-۲-۳-۵ موضع نظریه کشف در قبال عرف های نوظهور ۷۶
- ۳-۲-۳-۶ راههای تعمیم حجیت به عرف های نوظهور ۷۷
- ۳-۲-۳-۱ اعتقاد به امضای گوهر و خمیر مایه آن عرف ۷۷
- ۳-۲-۳-۲ تکیه بر علم معصوم به عرف های آینده ۷۹
- ۳-۲-۳-۳ اعتقاد به امضای کلیت عرف ۸۰
- ۳-۲-۳-۶-۱-۳ تقریر هایی برای اثبات تأیید کلی و نوعی عرف توسط شارع ۸۳

- ۳-۲-۳-۶-۳-۱-۱ امضای سیره بصورت کلی و نوعی در قرآن..... ۸۳
- ۳-۲-۳-۶-۳-۱-۲ واگذاری عرصه های غیر عبادی شریعت به عرف..... ۸۵
- ۳-۲-۳-۶-۳-۱-۳ نظریه منطقه الفراغ..... ۸۶
- ۳-۲-۳-۶-۴ تفاوت نظریه منطقه الفراغ و نظریه امضای نوعی و کلی عرف..... ۸۷
- ۳-۲-۴ دیدگاه اهل سنت..... ۸۷
- ۳-۲-۴-۱ استناد به روایت نبوی..... ۸۸
- ۳-۲-۴-۲ امضای کلیت عرف توسط شارع..... ۸۹
- نتیجه گیری..... ۹۰
- فهرست منابع..... ۹۳

مقدمه

بشر به اقتضای روحیه کمال طلبی که در وجود خود دارد، دائما در تلاش است تا برای نیل به نیازها و مقاصد خود از شیوه های جدید و متفاوت استفاده نماید و این امر باعث شده که شکل و شیوه زندگی اش دائما در حال تغییر و تطور باشد و شکل و شیوه زندگی اجتماعی و شخصی انسان ها و طرز تعامل آنها با یکدیگر مرتبا متحول گردد.

پیشرفت و تکنولوژی با انگیزه راحت کردن و توسعه و رفاه بیشتر انسان، زندگی اجتماعی انسان را متحول کرده و قواعد مختص به خود را می طلبد:

در قرون سابق مرسوم بود که مردم برای معامله با یکدیگر رو در روی هم قرار می گرفته و پس از صحبت و گفتگوهای مقدماتی در فراغت کامل و پس از انشای قصد خود و با دست دادن - چنانچه تسمیه تبعض صفقه در بیع از همین امر برگرفته شده - معامله را به سرانجام می رساندند. امروزه اما تکنولوژی و اصل سرعت در معاملات تجاری وضع را دگرگون کرده است. بشر به اقتضای این تحولات، انشای عقد با تلفن و تلگرام و چندی بعد در معاملات امروزی با ابزاری همچون اینترنت و امثال آن عقود و قراردادهای مالی یا غیر مالی خود را منعقد می کند، بدون اینکه چهره طرف معامله را ببیند و یا او را بشناسد یا اینکه حتی بداند او کجاست.

بدیهی است سامان بخشی به این شکل از قراردادها و نیز از بین بردن زمینه های انحراف یا سوء استفاده از این تأسیسات مستحدث، به گونه ای که از هدف اولیه آن دور نگردد، وضع قواعد و قوانین مختص به خود را می طلبد.

سابقا بر سر هر جمعی از روستا و قبیله و امثال آن، فردی به عنوان کدخدا یا رئیس قبیله یا مانند آن حضور داشت و او خود هم مقنن بود و هم مجری و هم حاکم آن جماعت محدود. امروزه با گسترش ارتباطات بحث زندگی و تعامل مشترک چند ده میلیون یا چند صد میلیون نفری مطرح است و به اقتضای آن و نیز رشد علمی و اجتماعی بشر؛ مباحث فراوان حقوق اساسی از جمله تفکیک قوا، دموکراسی، و امثال آن مطرح است.

قدیم الایام سرمایه مردم به صورت طلا و نقود در دست آنان بود. انسان آن روز ناچار بود آن را در منزل خود یا زیر خاک مخفی نماید یا آنکه آن را به امینی مورد اعتماد بسپارد. امروزه اما حفظ سرمایه به این صورت جایگاهی ندارد. مخفی کردن سرمایه و پول نه تنها به حفظ آن کمک نمی کند، بلکه از ارزش آن می کاهد! مضافاً به اینکه مردم امروز به فکر ازدیاد سرمایه اند و اشخاصی هم مهبای جمع کردن و به کار انداختن سرمایه های مردم، و البته این امر تأمین مصالح جامعه را هم در پی دارد، از این جهت در عرف جوامع امروزی، تأسیساتی مانند بورس و بانک و امثال آن به وجود آمده است که دارای قواعدی مختص به خود هستند. همچنین عواملی از جمله اشتراک اقتصادی و ایجاد یک شخصیت قدرتمند و به سرانجام رساندن اهدافی - عمدتاً در جهت تأمین مصالح جامعه - که اشخاص حقیقی از تحقق آن عاجزند، ایده تأسیس «شخصیت حقوقی» را به عمل رسانده است. شخصیتی فرضی که موجودیتی فیزیکی ندارد و در عین حال دارای حقوق و تکالیف است.

سابقاً هر فردی - اگر برده نبود - برای کسب مایحتاج زندگی، برای خود کار می کرد. از کشاورزی، دامداری، شکار، خرید و فروش و امثال آن و اگر رابطه اجیر و مستاجری بود، محدود و موردی بود. اما در جوامع امروزی رابطه کارگر و کارفرما - یا رابطه استخدامی - آنقدر وسعت پیدا نموده و شایع گشته است که کمتر فردی را می توان پیدا نمود که مشمول این قواعد نباشد. تأمین مصالح جامعه و جلوگیری از استثمار مردم از سوی صاحبان سرمایه و اشخاص حقوقی - اعم از عمومی و خصوصی - مستلزم وضع قوانین و محدودیت هایی است که سابقه نداشته است.

جامعه امروزی در پی تأمین امنیت و جبران حوادث غیر قابل پیش بینی برای اشخاص جامعه، عقود جدید مانند بیمه را اختراع نموده است که سابقاً به لحاظ عدم موضوعیت هیچ حکم و قانونی برای آن وضع نشده بود.

پیشرفت بشر و تغییرات عمیق در شکل زندگی اجتماعی این امکان را برای نظام های حقوقی فراهم ساخته تا مجازات هایی بدیع را وضع نمایند که علاوه بر اینکه معایب مجازات های کهن - از قبیل حبس - را نداشته باشد از جنبه بازدارندگی هم برخوردار باشد. همچنین تأسیساتی نو - همچون تعلیق تعقیب، تعلیق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات با وجود صدور حکم قطعی و... - ایجاد شده اند

که می تواند هدف مقنن را که پیشگیری از وقوع جرم و ایجاد بازدارندگی است فراهم آورد. حال آنکه چنین موضوعاتی مسبوق به سابقه نبوده اند.

این در حالی است که نیاز بشر به حقوق و قانون از آن رو است که مصالح جامعه تامین گردد، زندگی او سامان یابد و در کنار برخورداری از نظم و عدالت، پیشرفت و تحولات مثبت او به رسمیت شناخته شود. بنابراین قانون بایستی با شکل و قواعد و نیازهای زندگی جدید سازگار باشد.

برخی به نظام حقوقی اسلام ایراد گرفته و می گویند زندگی بشر به طور پیوسته در حال تحول است، حال آنکه احکام دین بنا به تصریح فقها مستند به آیات و احادیث چهارده قرن پیش می باشد و قوانین الزامی شریعت اسلام غیر قابل تغییر بوده و تا روز قیامت پابرجاست.^۱ بنابراین شریعت اسلامی نمی تواند پاسخگوی نیازهای حقوقی معاصر باشد.

مواجهه با مسأله فوق، باعث انفعال برخی شده و منجر به این شده است که در مقابل این اشکال، قرائتی از اندیشه قلمرو دین ارائه دهند که مطابق آن حوزه شریعت در عبادیات منحصر است و کلیه عرصه های اجتماعی، معاملاتی و سیاسی خارج از شریعت و شارع نسبت به آن بی نظر دانسته شده است و بر آن شده که نقش شارع در این عرصه ها صرفاً امضایی است نه تأسیسی (فخلعی، ۱۳۸۹ نقل از رضوی) و یا رسالت شارع حداکثر بیان و ارئه الگوهای کلی و اصول و قواعد بنیادین اخلاقی و ارزشی تعریف شده است. بر اساس این دیدگاه شارع اسلام روش ها و رفتارهای جزئی، عادات عرفی و سیره های عقلایی را امضاء کرده است. به طور مثال رهنمودهای شارع در باب حکومت در باب حکومت عمدتاً ناظر به تبیین مقاصد عالی حکومت چون عدالت محوری اخلاق و سلوک فاضلانه کارگزاران با مردم است. لیکن ارائه شکل و مدل خاص و آئین اجرایی حکومت از وظایف او بیرون است. پایه این نظریه این است که جاودانگی شریعت اقتضا می کند که در یکایک قضایای خرد و کلان مردم وارد نشود و گرنه قدرت همگامی با تحولات سریع اجتماعی را از دست می دهد (فخلعی، ۱۳۸۹).

۱ حلال محمد حلال الی یوم القیمه و حرام محمد حرام الی یوم القیمه

گروهی دیگر پا را فراتر گذاشته و معتقدند مجتهد بایستی بطور مطلق تابع شرایط زمان و مکان باشد، به اوضاع و احوال روز توجه کند و خود را با هر عرفی که در میان مردم برپا است، تطبیق دهد. مثلاً اگر پدیده‌ای مثل رباخواری در بازار رایج شد، مجتهد همت خود را بر توجیه آن قرار دهد و با آن هماهنگ و همساز شود. بر طبق این احتمال چون حقوق مبتنی بر منابع دینی، با مقتضیات کنونی زمان سازگاری ندارند باید قوانین شرعی کنار گذاشته شود و قوانین جدید وضع گردد و حداکثر حقوق اسلامی منحصر به عبادات و تا حدودی احوال شخصیه باشد. عرفی شدن^۱ و عصری شدن^۲ حقوق اسلامی در چارچوب همین دیدگاه می‌باشد (به نقل از حسینی، ۱۳۸۳).

در مقابل گروهی راه را به تفریط رفته و معتقدند اعتبار دهی به عرف با توحید تشریحی منافات دارد، چرا که پذیرش راهکارهای بشری در امر قانونگذاری به معنی نهادن انسان در جایگاه خداوند است همچنین عقیده به جامعیت شریعت به این معنی که برای هر واقعه ای حکمی الهی وجود دارد و خداوند حق مطلق دخالت در همه زمینه های قانونگذاری را دارد.^۳

این نظریه توجهی به مقتضیات دنیای جدید ندارد و اجرای فتوهای سنتی را بدون توجه به شرایط خواستار است. بر طبق این عقیده، احکام اسلامی موجود در کتاب و سنت، جامعه اسلامی را کفایت می‌کند و اجرای احکام معاملات، مسایل مربوط به پول، ضمان عاقله و.. بدون تغییر و تحول لازم است (به نقل از حسینی، ۱۳۸۳).

جنبه نوآوری در این تحقیق علاوه بر سازماندهی جدید در مسأله عرف، در نگاه تحلیلی به این مسأله و تأکید ویژه آن در نظم عمومی و اخلاق حسنه در تبیین نقش عرف است.

ما در این تحقیق در پی این هستیم که بدون اینکه دخالت شارع را در امور غیر عبادی نفی و توحید تشریحی را منکر شویم، ببینیم آیا نظام حقوقی اسلام - و به تبع آن حقوق ایران - در بطن خود عناصری را قرار داده است تا قابلیت تطبیق با عرف، نیازها، شرایط و مقتضیات عصر های آتی را

^۱ Secularizatio

^۲ contertulality

^۳ ان الحکم الا لله

فراهم آورد یا خیر؟ ما برای پاسخ به این مساله پیرامون عرف به عنوان یک عنصر پویا و نقش آن در متون حقوق اسلام و ایران خواهیم پرداخت. برای این منظور لازم است که مفهوم عرف و مفهوم های مشابهی را که در متون فقه، اصول فقه و حقوق به کار رفته است به طور کامل تبیین نماییم. چرا که تصور پایه تصدیق است و همانطور که در علم منطق گفته می شود؛ برای حمل و حکم صحیح راجع به یک موضوع، بایستی ابتدا درک و تصور صحیحی از آن داشت. لذا در فصل اول تلاش خواهیم نمود تا مفهومی را که دانشمندان این رشته از این موضوع و موضوعات بدیل آن، در ذهن داشته اند روشن نماییم.

فصل دوم را اختصاص به بیان نقش مکمل عرف در کنار سایر ادله اختصاص داده ایم. در این فصل، درباره کارایی عرف به عنوان وسیله ای جهت تبیین بیان های حقوقی و نیز تطبیق آن بر واقعیات بیرونی بحث خواهیم نمود و با مطرح نمودن بحث داوری عرف در تنقیح موضوع و تشخیص مصداق، از طرفی بیان خواهیم نمود که اگر چه برخی برای عرف های نوظهور در کارکرد موضوع شناسی اینچنین عرف هایی، اعتبار قائل شده اند، اما حقیقت اینست که داوری عرف های جدید در فهم موضوع ها اعتباری ندارد و این وادی منحصر در اختیار عرف تخاطب است. اما در مقابل، داوری عرف های نوپدید در تشخیص مصداق موضوع ها معتبر و از اهمیت و کارایی فراوانی برخوردار است. این نقش از عرف نتایج فراوانی را در سازگار نمودن احکام اسلام با مقتضیات جامعه امروزی، حل مسائل مستحدثه و تنقیح احکام ثانویه دارد.

و در فصل سوم به بررسی این مساله خواهیم پرداخت که آیا می توان عرف را به عنوان منبعی مستقل در افاده حکم دانست و آیا عرف می تواند منبعی برای وضع قوانین شرعی و حقوقی باشد؟ بیان خواهیم نمود که در جهت اعتبار دهی به چنین نقشی از عرف، نظریات مختلفی مطرح شده است؛ حجیت ذاتی عرف، نظریه حکم عقل بودن عرف، و نظریه امضاء را شرح داده و خواهیم گفت که نظریه اول چندان مورد اعتماد نیست و مورد اقبال واقع نشده است، اما با عنایت به تعاریفی که از عرف بیان نموده ایم، شرح داده ایم که بخشی از عرف ها با احکام عقل عملی، مطابقت داشته و دارای حجیت ذاتی هستند. علاوه بر این، اعتقاد خود را مبنی بر اینکه احکام عقل عملی - آراء

محموده در علم منطق- با گزاره های نظم عمومی و اخلاق حسنه در حقوق مدنی- که دارای اهمیت و اعتبار بسیاری است- بیان نموده ایم. در انتها و پس از بیان نظریه امضاء، برای تسری حجیت عرف نسبت به عرف های جدید، راهکارایی را ارائه نموده ایم.

فصل اول

مفهوم شناسی